

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης - Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος – Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 06.02.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 154/07.02.2023 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην Αθήνα επί της οδού και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 17.02.2023 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη, οδός ..., αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό ../.....2023 (Θέμα 4ο), με την οποία εγκρίθηκαν τα πρακτικά περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 484/2023

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο ποσού 850,00 ευρώ, το οποίο υπερβαίνει το νόμιμο κατά το ποσό των 2,88 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία των Τμημάτων 1,3 και 4 της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προσφυγή (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου:).
2. Με τη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../.../.....2022, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «....» εκτιμώμενης αξίας 233.003,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης αυτού για δύο έτη. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 01.12.2022. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις2022 (ΑΔΑΜ:) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α
3. Η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.
4. Η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης στις 25.01.2023, μέσω της κοινοποίησης προς αυτήν του εγγράφου με αριθμό .../.../...2023 της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Πρόσκληση για υποβολή βελτιωμένης προσφοράς», που πραγματοποιήθηκε την ίδια ημέρα δια μέσου της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 06.02.2023 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017, κοινοποιήθηκε δε προς όλους τους ενδιαφερόμενους στις 07.02.2023.
5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 253/2023 ορίσθηκε εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της.

Αριθμός Απόφασης: 484/2023

6. Στις 17.02.2023 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπρόθεσμα την Παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία, η οποία κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες στις 20.02.2023, ζητώντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης,

7. Στις 20.02.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό Πρωτοκ. Β/3052/20.02.2022, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Στις 28.02.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλλε παραδεκτά το Υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

9. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

10. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

11. Με το μόνο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί παράνομα και σε αντίθεση με τα όσα προβλέπει το κανονιστικό πλαίσιο της επίμαχης διακήρυξης. Ειδικότερα, κατά τα

Αριθμός Απόφασης: 484/2023

προβαλλόμενα, για τα είδη με α/α 1, 3 και 4 η επιτροπή του διαγωνισμού αξιολόγησε ως τεχνικά αποδεκτές τόσο τη δική της προσφορά, όσο και την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Επίσης, κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών με το ίδιο Πρακτικό, προέκυψε ότι τόσο η ίδια όσο και η παρεμβαίνουσα υπέβαλαν για τα είδη 1, 3 και 4 προσφορές που υπερέβαιναν την προϋπολογισθείσα τιμή της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, η παρεμβαίνουσα προσέφερε για το είδος με α/α 1 τιμή 14,35€/τμχ, για το είδος με α/α 3 τιμή 14,42€/τμχ και για το είδος με α/α 4 τιμή 14,58€/τμχ. Αντίστοιχα, η ίδια προσέφερε για το είδος με α/α 1 τιμή 16,00€/τμχ, για το είδος με α/α 2 17,00€/τμχ και για το είδος με α/α 3 τιμή 17,00€/τμχ. Μετά τα παραπάνω, η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού για τα παραπάνω είδη για το λόγο ότι *οι οικονομικές προσφορές των παραπάνω εταιρειών υπερβαίνουν την καθορισμένη/προϋπολογιζόμενη από την οικεία διακήρυξη δαπάνη*. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν αποδέχθηκε την παραπάνω εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού, έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας για τα είδη με α/α 1, 3 και 4, με την αιτιολογία ότι *η υπέρβαση της οικονομικής προσφοράς της δεν ξεπερνά το 10% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2955/2001, άρθρο 4, παρ. 3* και ανέδειξε την παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού για τα παραπάνω είδη.

12. Με βάση τα παραπάνω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παράνομα έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας για τα είδη 1,3 και 4, καθώς ο ν. 2955/2001 δεν είναι εφαρμοστέος στην προκειμένη περίπτωση. Αντίθετα, η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να έχει απορριφθεί, με βάση τα όσα προβλέπονται στα αρ. 2 περ. 45 και 26 παρ. του ν. 4412/2016 και στον όρο 2.4.4 της διακήρυξης. Μετά την εξέταση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της ισχύουσας νομοθεσίας, του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, καθώς και την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του μόνου προβαλλόμενου λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

13. Στον όρο 1.2 της διακήρυξης «Στοιχεία Διαδικασίας-Χρηματοδότηση - Είδος διαδικασίας» ορίζεται ότι «Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή

Αριθμός Απόφασης: 484/2023

διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016». Επίσης, στο αρ. 26 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: (...) β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης». Σε αντιστοιχία επίσης με την παραπάνω διάταξη, ο όρος 2.4.4 της διακήρυξης ορίζει ότι «Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: (...) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή». Επιπλέον, στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης ορίζεται η προϋπολογιζόμενη τιμή τεμαχίου ανά ζητούμενο είδος και συγκεκριμένα για το είδος με α/α 1 η τιμή τεμαχίου 13,10 ευρώ, για το είδος 3 η τιμή τεμαχίου 13,17 ευρώ και για το είδος 4 η τιμή τεμαχίου 13,32 ευρώ. Αντίθετα, όπως ορθά υποστηρίζει η προσφεύγουσα, σε κανένα σημείο της επίμαχης διακήρυξης δεν αναφέρονται ως εφαρμοστέες οι διατάξεις του ν. 2955/2001, παρά μόνο ορίζεται ότι ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο ν. 4412/2016.

14. Με τα παραπάνω δεδομένα ο κρινόμενος λόγος προσφυγής προβάλλεται βάσιμα και εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας, η οποία προσέφερε τιμές τεμαχίου για τα επίμαχα είδη που υπερβαίνουν τον προϋπολογισμό της σύμβασης (είδος 1 τιμή 14,35€/τμχ, είδος 3 τιμή 14,42€/τμχ, είδος με α/α 4 τιμή 14,58€/τμχ), αντίθετα μάλιστα προς τα όσα εισηγήθηκε η επιτροπή του διαγωνισμού. Και αυτό γιατί πράγματι, όπως προαναφέρθηκε, το αρ. 4 παρ. 3 του ν. 2955/2001, σύμφωνα με το οποίο το Δ.Σ. του Π.ε.Σ.Υ. υποχρεούται να ματαιώσει το διαγωνισμό, ολικά ή μερικά, μόνο στην περίπτωση που οι τιμές που πρόσφερε ο μειοδότης για συγκεκριμένα είδη είναι ανώτερες, κατά ποσοστό πάνω από 10%, από την προϋπολογισθείσα δαπάνη, δεν εφαρμόζεται στην προκειμένη περίπτωση, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Επίσης, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, με τον οποίο, προς υποστήριξη της απόφασής, της επικαλείται αόριστα την Πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου της Π.Ε. ... με αριθμό .../2021, η οποία είχε εκδοθεί στο πλαίσιο διεξαγωγής άλλου διαγωνισμού του ΓΝ, σύμφωνα με την οποία η Αναπληρώτρια Επίτροπος είχε κρίνει αποδεκτή την προμήθεια

Αριθμός Απόφασης: 484/2023

είδους και επακόλουθα την υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, στο οποίο είχε διαπιστωθεί υπέρβαση της προϋπολογισθείσας δαπάνης, επισημαίνοντας ότι η υπέρβαση αυτή δεν ξεπερνούσε το 10% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.3 του άρθρου 4 του ν.2955/2001, χωρίς ωστόσο να προκύπτει αν πρόκειται για την ίδια περίπτωση, δηλαδή διεξαγωγή διαγωνισμού υπό το καθεστώς του ν. 4412/2016, όπως ο επίμαχος, ή, , για διαγωνισμό που είχε διεξαχθεί προφανώς υπό το καθεστώς του ν. 2955/2001.

15. Κατά συνέπεια, εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο, αν και οι προσφερόμενες τιμές τεμαχίου για τα είδη 1,3 και 4 υπερβαίνουν τον προϋπολογισμό της υπό ανάθεση σύμβασης, κατά παράβαση του όρου 2.2.4 της διακήρυξης και του αρ. 26 παρ. 4 του ν. 4412/2016, του οποίου οι διατάξεις έχουν εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση και ο υπό κρίση μόνος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

16. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού για τα είδη 1,3 και 4.
- 3.** Απορρίπτει την παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παράβολου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 31 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 484/2023

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ